

Appalti

Gare, dal 1° gennaio cambia anche l'accesso agli atti: offerte da rendere disponibili sulla piattaforma digitale

Tra le conseguenze della digitalizzazione c'è anche l'obbligo di mettere a disposizione i documenti di gara in via automatica e generalizzata a prescindere dall'istanza di accesso del singolo operatore, al momento dell'aggiudicazione

di Roberto Mangani

09 Gennaio 2024

Tra le novità del Dlgs 36/2023 entrate in vigore dal 1 gennaio 2024 vi è anche la nuova disciplina dell'accesso agli atti, contenuta agli articoli 35 e 36. Si tratta di novità in gran parte legate al processo di digitalizzazione degli appalti che - secondo le previsioni di cui agli articoli 19 e seguenti - rendono obbligatorio per gli enti appaltanti e concedenti il ricorso a piattaforme elettroniche digitali certificate per la gestione dell'intero ciclo di vita degli appalti, dall'affidamento all'esecuzione.

Infatti, proprio l'utilizzo delle piattaforme digitali introduce significative novità in materia di accesso agli atti che - almeno in linea astratta - dovrebbero rendere lo stesso più agevole e tempestivo.

In particolare, di notevole rilievo sono le innovazioni introdotte dall'articolo 36, che si occupa dei profili procedurali e processuali che regolano l'accesso con particolare riferimento alla documentazione di gara. Meno incisive - ma comunque meritevoli di segnalazione - sono invece le novità relative al profilo più propriamente sostanziale, la cui disciplina è contenuta nell'articolo 35.

Accesso agli atti e riservatezza

La novità rilevante è contenuta nel comma 1 dell'articolo 35, che sancisce quale principio generale l'obbligo per le stazioni appaltanti di assicurare in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme digitali. È evidente la stretta correlazione tra questa nuova modalità di accesso e il processo di digitalizzazione degli appalti. Se le procedure di affidamento - ma anche la fase esecutiva - devono essere obbligatoriamente svolte e tracciate con piattaforme digitali, diventa naturale che anche l'accesso alla relativa documentazione sia assicurato secondo le medesime modalità digitali. Si introduce quindi un fattore di notevole semplificazione nelle modalità da seguire per l'accesso agli atti, che vanno peraltro viste in stretto coordinamento con quanto indicato sotto il profilo procedimentale al successivo articolo 36.

Non vi sono invece sostanziali novità con riferimento a due specifici profili dell'accesso, relativi al differimento e all'esclusione dello stesso. Si tratta di aspetti già contenuti nella precedente disciplina e oggi riprodotti in termini analoghi nell'articolo 35.

Nello specifico, il differimento dell'accesso è previsto dal comma 2 in relazione alle seguenti ipotesi:

- nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime;
- in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione;
- in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione;
- in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione.

Viene quindi replicata la disciplina consolidata già contenuta nell'articolo 53, comma 2 del Dlgs 50/2016, volta a contemperare il diritto all'accesso con le esigenze di trasparenza e di riservatezza proprie delle procedure di gara. Il comma 4 dell'articolo 35 si occupa invece dei casi di esclusione del diritto all'accesso. Tale disciplina coincide con quella contenuta nell'articolo 53, comma 5 del Dlgs 50 relativamente all'esclusione:

- dei pareri legali acquisiti dalle stazioni appaltanti per la soluzione di liti, potenziali o in atto;

- delle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

- delle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

Novità vengono invece introdotte in relazione all'esclusione dal diritto di accesso delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

I segreti tecnici e commerciali contenuti nelle offerte

Rispetto a questo profilo – che ha tradizionalmente dato luogo a una copiosa giurisprudenza volta a identificare gli esatti confini di questa specifica ipotesi di esclusione dall'accesso – la prima novità è costituita dal fatto che tale esclusione non è più considerata come dovuta – salvo eventuale contestazione – ma è soggetta a una valutazione discrezionale dell'ente appaltante.

Per comprendere le modalità di esercizio di questa valutazione discrezionale, occorre coordinare questa previsione dell'articolo 35 con quanto stabilito dal successivo articolo 36.

Infatti, il comma 3 di tale ultimo articolo prevede che la stazione appaltante deve esplicitare nella comunicazione di aggiudicazione le decisioni assunte in merito a richieste di oscuramento avanzate dai concorrenti in relazione a presunti segreti tecnici e commerciali contenuti nelle loro offerte. In sostanza, ciascun concorrente – evidentemente in sede di presentazione della propria offerta – indica le parti della stessa che ritiene non accessibile da parte degli altri concorrenti. Questa indicazione è tuttavia soggetta alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, che può decidere se e in che misura accogliere la richiesta di “oscuramento” avanzata dal singolo concorrente.

Tale valutazione è a sua volta soggetta al sindacato del giudice amministrativo, cui le parti interessate (e quindi si deve ritenere sia il concorrente che aveva proposto istanza di oscuramento che quello interessato all'accesso) possono rivolgersi con ricorso da depositare e notificare entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione (comma 4).

Il successivo comma 5 introduce poi una previsione di tutela a favore del concorrente la cui istanza di oscuramento sia stata in tutto o in parte respinta dalla stazione appaltante. È infatti stabilito che le parti dell'offerta di cui il concorrente ha richiesto l'oscuramento non possano essere messe a disposizione degli altri concorrenti fino alla scadenza del termine di dieci giorni per proporre l'impugnazione di cui al comma 4. Ed evidentemente questo divieto si estenderà, in caso di proposizione del ricorso, fino alla decisione del giudice amministrativo.

Sui tempi di questa decisione il comma 7 contiene previsioni fortemente acceleratorie. Attraverso un rinvio all'articolo 55 del Codice del processo amministrativo relativo alla discussione delle misure cautelari, viene stabilito che sul ricorso il giudice amministrativo debba esprimersi nella prima camera di consiglio successiva al decorso di dieci giorni dal perfezionamento dell'ultima notifica, con sentenza in forma semplificata. Ciò all'evidente fine di non paralizzare il diritto di accesso e quindi anche il completamento della procedura di gara per un tempo troppo lungo.

Sotto quest'ultimo profilo, è comunque stabilito che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione dell'aggiudicazione o dell'esclusione (comma 9). Evidentemente qualora nuovi elementi emergano a seguito dell'accesso agli atti – completato solo dopo la scadenza del termine per l'impugnazione – gli stessi potranno essere fatti valere tramite motivi aggiunti.

Va infine segnalata una disposizione di completamento: nel caso in cui il giudice amministrativo respinga più volte impugnative del concorrente contro il rigetto di proprie istanze di oscuramento, la stazione appaltante potrà procedere alla segnalazione all'Anac per l'irrogazione di una sanzione (comma 6).

Norme procedurali

L'articolo 36 – oltre alle norme di natura processuale appena illustrate – contiene anche disposizioni di natura procedurale, strettamente collegate all'utilizzo delle piattaforme digitali per lo svolgimento delle gare. Si tratta della parte più innovativa della disciplina sull'accesso.

Nello specifico, il comma 1 sancisce l'obbligo per le stazioni appaltanti di rendere disponibili a tutti i candidati e offerenti non esclusi, attraverso la piattaforma digitale e contestualmente alla comunicazione di aggiudicazione, l'offerta dell'aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione.

Il successivo comma 2 impone poi alla stazione appaltante un ulteriore obbligo di messa a disposizione, sempre attraverso la piattaforma digitale, limitato ai concorrenti classificati nei primi cinque posti in graduatoria. Agli stessi devono infatti essere messe a disposizione le relative offerte, in via reciproca.

In sostanza:


- vi è un obbligo generalizzato di rendere disponibili a tutti i concorrenti alla gara gli atti della stessa, compresa l'offerta dell'aggiudicatario;
- vi è un obbligo specifico di messa a disposizione riferito solo ai primi cinque concorrenti in graduatoria, che si estende alle relative offerte degli stessi, secondo il criterio della reciprocità (ognuno dei cinque conosce le offerte degli altri quattro).

Ovviamente l'accesso alle offerte potrà essere limitato in relazione a quelle parti ritenute coperte da segreti tecnici e commerciali, nei limiti e secondo l'iter procedurale sopra descritto.

Questa disciplina innova in maniera significativa la disciplina dell'accesso agli atti riferito alle procedure di gara, come conseguenza diretta dell'utilizzo delle piattaforme digitali.

La messa a disposizione degli atti di gara – comprese le offerte, alle condizioni indicate – è automatica e generalizzata, e prescinde quindi dall'istanza di accesso del singolo operatore, come avvenuto fino ad oggi.

Ovviamente resta salva la possibilità di formulare tale istanza qualora la documentazione messa a disposizione della stazione appaltante sia ritenuta incompleta o lacunosa, ma la sostanziale novità è che almeno in prima battuta il diritto di accesso trova riscontro in un corrispondente obbligo di messa a disposizione degli atti cui la stazione appaltante è tenuta in via automatica e generalizzata.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE